

中国合宪性审查的宪法文本实现^{*}

刘 连 泰

摘 要：宪法文本的结构和逻辑决定了合宪性审查的制度逻辑。中国宪法文本包含消极规范和积极规范，具有行动纲领的性质。国家和公民都是宪法关系的主体，消极规范蕴含“遵守”义务，积极规范蕴含“执行”义务。全国人民代表大会及其常务委员会根据消极规范判断立法是否与宪法抵触，多元主体根据积极规范判断立法是否适当。中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征，中国共产党享有概括的合宪性审查权，该权力应由中共中央行使，可以由中央全民依法治国委员会承担具体工作。中共中央在技术上一一般不直接作出合宪性判断，可以指导、建议相关机构作出判断。国家不遵守消极规范或者“不适当”执行积极规范，将产生直接的宪法责任，公民不遵守消极规范的责任需要法律规定。

关键词：消极规范 积极规范 遵守 执行 宪法责任

作者刘连泰，厦门大学法学院教授（厦门 361005）。

21 世纪的中国，提出“把全面贯彻实施宪法提高到一个新水平”，^①“推进合宪性审查工作”无疑是达致新水平的重要步骤。^② 20 世纪被称为合宪性审查的世纪，^③ 为我们“吸收外来”积累了丰富的素材，但如何“不忘本来”，^④ 是我们激活中国宪法文本必须首先解决的问题。以 20 世纪发育出合宪性审查理论的其他国家为潜在对

^{*} 本文为国家社会科学基金项目“宪法中的征地规范解释研究”（16BFX028）阶段性成果。

① 中共中央文献研究室编：《十八大以来重要文献选编》（上），北京：中央文献出版社，2014 年，第 529 页。

② 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告（2017 年 10 月 18 日）》，北京：人民出版社，2017 年，第 38 页。

③ Norman Doren, Michel Rosenfeld, Andras Sajó and Susanne Baer, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, St. Paul: West Group, 2003, p.109.

④ “不忘本来，吸收外来，面向未来”的提法，参见习近平：《习近平谈治国理政》第 2 卷，北京：外文出版社，2017 年，第 339 页。

话的他者，洞察中国宪法文本建构的制度理性，阐释合宪性审查的中国逻辑，是促进合宪性审查权力配置的体系化，推进合宪性审查实践的重要理论准备。

世界上 193 个国家的合宪性审查制度，基于不同的历史传统和宪法结构，各国合宪性审查模式遵从的制度逻辑必然不同。中国的合宪性审查可以参考他国合宪性审查的技术进路，但首先要立足自身的制度逻辑。中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征，我们可以从中提炼出的制度元素包括：中国共产党的领导，社会主义，这是中国宪法的特色和生命。作为行动纲领的宪法凸显中国宪法的社会主义特征，中国共产党享有概括的合宪性审查权是中国共产党领导的必然结果，中国合宪性审查制度必须以此为原点展开。

一、作为行动纲领的宪法：消极规范与积极规范

尽管在合宪性审查过程中，合宪性审查机关会添加各类价值，甚至任由自然法观念游弋其中，但合宪性审查的最终依据只能是宪法文本，宪法文本的特质总体上决定了合宪性审查的逻辑。

从世界范围看，早期宪法文本一般由国家权力规范、公民基本权利规范构成，福利国家时代出现方针条款或国家政策条款，形成通常意义上宪法的三维结构。^①公民基本权利规范首先是自由权规范，晚近又充实了社会权规范。国家权力规范、公民的自由权规范的功能在于划定国家权力的边界，可以称之为消极规范；国家政策条款、公民的社会权条款功能在于要求国家积极作为以达致某种政策目标，可以称之为积极规范。中国宪法序言、总纲和公民基本权利条款中的社会权条款可以归入积极规范，公民基本权利条款中的自由权条款、国家权力条款可以归入消极规范。将国家权力条款归入消极规范这种理想类型的考虑是：宪法文本规定国家权力的最终目的不是为了授予国家权力，而是意在规定国家权力的边界以服务于维护公民基本权利的国家目标，这从宪法第二章和第三章的规范排序顺序即可见立法原意。要求国家积极作为是由公民的积极权利引发的，不是国家权力本身的特质。因此，从功能主义的角度看，国家权力条款与消极规范有更多的家族相似。为类型化的需要，将国家权力条款也归入消极规范的范畴。

积极规范和消极规范可以在时间维度上作出区分，消极规范指向现在，积极规范指向未来。消极规范“专门调整现实生活中业已存在并在一定时期内即将消失的那些生活关系”，^②积极规范规定目标。域外有学者将宪法分类为“固定性宪法”和“纲领性宪法”，前者的内容主要是“承认和确认现状”，通过“强制规定外部界限即

① 陈新民：《德国公法学基础理论》，北京：法律出版社，2010年，第90—162页。

② 李龙：《宪法基础理论》，武汉：武汉大学出版社，2011年，第130页。

禁止性规定而实现”；后者的内容主要是“确立目标以及力图鼓励向某些方向发展”，通过“规定某些目标而实现”。^①“固定性宪法”规范对应消极规范，“纲领性宪法”规范对应积极规范。国家权力规范与公民自由权规范构成近代宪法文本的基本内容，世界范围内的合宪性审查机制首先围绕这两类规范建构起来。

指向现在的消极规范与指向未来的积极规范必然结构有别。消极规范的结构是行为模式—法效果，也可理解为假定—处理—制裁，即预设某种行为规范，违反该规范会产生某种否定性后果。积极规范的构造更契合于“事实构成—法效果”的二要素理论。“事实构成”指作为规范评价标准的预设事实状态，是一种状态而不是一种具体的行为模式，行为人可以选择任何一种能够达致该状态的行为模式；法效果指事实状态符合或不符合预设事实构成要素时的评价和效果，前者给予积极评价，后者给予消极评价。^②积极规范的法效果不直接对应某类行为，只对应该行为的效果，是结果论的评价；消极规范的法效果对应某类行为，尽管与行为效果相关，但最终只是评价行为的辅助因素，是行为论的评价。也就是说，相对于消极规范，积极规范赋予了行为主体极为宽广的裁量空间。

德国、法国、美国等西方国家的宪法文本以消极规范为主，以积极规范为辅。中国宪法文本中积极规范占比较大，积极规范与消极规范并重。德国、法国、美国等国家宪法先有国家权力与公民的自由权的二维，然后呈现国家政策这一维——随着消极规范的演进，福利国家、公民的社会权渐次出现，也就是说，积极规范是消极规范演进的结果。作为社会主义宪法的中国宪法文本从一开始就是三维结构，积极规范不是消极规范演进的结果。^③从现行中国宪法文本的结构来看，反而是积极规范演化、辐射到消极规范：首先呈现国家政策这一维，然后呈现公民基本权利和国家权力。中国宪法序言主要阐述历史，以社会进化的思路描述国家的前世今生，

① 参见亨克·范·马尔塞文、格尔·范·德·唐：《成文宪法——通过计算机进行的比较研究》，陈云生译，北京：北京大学出版社，2007年，第289页。

② 参见伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，北京：法律出版社，2003年，第303页；卡尔·恩吉斯：《法律思维导论》，郑永流译，北京：法律出版社，2004年，第32—43页。

③ 1908年清政府颁布的《钦定宪法大纲》是我国历史上第一部宪法性文件。大纲分为“君上大权”和附则“臣民权利和义务”两大部分，是典型的二元结构。中华民国时期先后颁布的几部宪法中，首次出现许多政策性内容的宪法是《中华民国训政时期约法》，该法第二章人民之权利义务、第三章训政纲要、第四章国民生计和第五章国民教育等内容中都包含了许多政策性内容。1946年通过的《中华民国宪法》专门设立“基本国策”一章，对国家在国防、外交、国民经济、社会安全、教育文化和边疆地区等方面应当奉行的基本政策做了集中规定，该宪法至今仍在我国台湾地区适用。1949年中华人民共和国成立后，我国先后通过了四部宪法，即通称的1954年宪法、1975年宪法、1978年宪法和1982年宪法，在总纲以及其他章节都有大量的政策性条款。

生成国家政策目标，实现政策目标的主体也在时间之轴里先后出场：工人、农民、革命者、建设者。^①随后，规定总体意义上的国家任务，接着规定公民基本权利与义务，最后规定各类国家机构，出场的先后顺序演绎了宪法文本的叙述逻辑。作为积极规范的国家政策目标是首要的，为了实现国家的政策目标，我们甚至可以通过容忍某种程度上突破规范的框架，淡化改革与宪法的冲突，按照“三个有利于”的政治逻辑润滑规范与现实的龃龉，^②学界的“良性违宪”说就是这一思路的理论解说。^③这种思路暗含的判断是：宪法规范分为几个层级，如果为实现更上位层级规范的目标，可以突破下位层级的规范，所谓“条条道路通罗马”。^④

以消极规范为主的宪法文本，其背后的国家哲学必然是消极的，蕴含了对国家极度不信任的“幽黯意识”。^⑤20世纪发育出来的合宪性审查制度及理论受缚于这种“幽黯意识”，以控制国家为目标。以积极规范为主的宪法文本，其背后的国家哲学必然是积极的，蕴含国家深度的“父爱主义”情结。分析中国宪法文本结构，可以看出中国宪法的积极特质。国家权力条款的表达与内容表明，中国宪法旨在驯化权力如何作为，而非掣肘权力不能如何作为。基本权利条款的表达与内容表明，中国宪法并不将国家权力理解为恶，设置基本权利条款的目标首先不是防止国家侵犯，而是设定国家要努力实现的对公民的承诺。宪法序言以国家开始，也以国家结束，国家根本任务不单指向个体，而是在个体与共同体的共进中，国家自身也得以完美。国家权力条款、基本权利条款、国家政策条款，虽然侧重点有别，但在根本意义上，三者都指向国家与公民携手并进，努力趋近并最终实现宪法序言所描绘的国家愿景。

中国宪法具有鲜明的行动纲领性质，集中体现在国家政策条款及其与其他宪法条款的关系中。宪法序言与总纲中的国家政策条款有着原则核心外包裹着一层政策外衣的规范结构，国家政策的核心是原则，相较于国家权力条款、公民基本权利条款，具有更高的抽象度。这种抽象度使其在规范效力上可以辐射其他宪法条款。首先，国家政策条款为宪法所确立的“党的领导”宪法化提供了通道和依据，国家政策条款的开放结构使得宪法规范在实施中大量导入党的政策成为可能，政治系统和法律系统相

① 参见王人博：《中国现代性的椭圆结构——“八二宪法”中的“建设者”述论》，《文史哲》2018年第2期。

② “三个有利于”指是否有利于发展社会主义社会的生产力，是否有利于增强社会主义国家的综合国力，是否有利于提高人民的生活水平。参见《邓小平文选》第3卷，北京：人民出版社，2001年，第372页。

③ 郝铁川：《论良性违宪》，《法学研究》1996年第4期；童之伟：《“良性违宪”不宜肯定》，《法学研究》1996年第6期；韩大元：《社会变革与宪法的社会适应性——评郝、童两先生关于“良性违宪”的争论》，《法学》1997年第5期。

④ 韩大元：《关于推荐合宪性审查工作的几点思考》，《法律科学》2018年第2期。

⑤ 参见颜德如、贾磊：《只有民主传统才凸显“幽黯意识”吗？》，《学术评论》2013年第2期。

互影响，政治系统影响法律系统可以经由立法，也可以经由政策。其次，国家政策条款使得宪法文本具有了连接过去、立足当下、面向未来的品质，中国宪法体现出“活宪法”的特征——文本里有大量宪法委托条款，赋予国家基于社会经济发展变化做出反应的回旋空间。在瞬息万变的社会转型期，基本国策条款无疑构成了宪法文本具有谦抑性和自我修复能力的张力所在。最后，国家政策条款具有保障基本权利实现的功能，^① 提供了自由权得以实现的社会、经济、政治条件。积极规范相对开放，经由这一管道，执政党的政策不断进入宪法文本，宪法文本也由此鲜活起来，成为真正的“活的宪法”。^② 作为积极规范的国家政策是中国宪法文本的重要组成部分，其他规范以此为基础演绎，类似于凯尔森纯粹法律体系中的“基础规范”。^③

作为积极规范的国家政策条款是中国宪法文本的脊梁，公民的社会权条款是公民基本权利的重要组成部分，如果积极规范不能进入合宪性审查的视野，则合宪性审查的制度绩效大可质疑，中国合宪性审查必然既要适用消极规范，也要适用积极规范，这是“全面推进宪法实施”的题中之义。

二、两类规范蕴含的宪法义务：遵守与执行

合宪性审查的前提是宪法的实现。有关宪法的实现，宪法文本中出现了三个概念：宪法实施、宪法遵守和宪法执行。宪法实施以及类似表述出现在宪法序言最后一段、第 62 条第 2 项、第 67 条第 1 项和第 76 条第 1 款，共计 4 次；宪法遵守以及类似表述出现在第 5 条第 4 款、第 53 条、第 76 条第 1 款和第 99 条第 1 款，共计 4 次；宪法执行及其类似表述仅在第 99 条第 1 款中出现了 1 次。

在法理学上，一般将遵守理解为一个非常上位的概念，逻辑地包含执行。但在中国宪法文本中，将“遵守”作为与“执行”并列的概念，这就意味着“遵守”和“执行”是两类不同的义务。宪法实施包括宪法遵守和宪法执行，“宪法遵守是一种消极的宪法实施方式，侧重不违宪；宪法执行是一种积极的宪法实施方式，强调运用宪法来处理事情。”^④ 宪法实施的主体并不局限于公权力部门，涵括了全国各族人

① 汪强：《中国宪法中社会政策条款研究》，硕士学位论文，华东政法大学法学院，2007 年，第 41 页。

② 栗战书同志有让宪法“活起来”、“落下去”的提法，参见栗战书：《在深入学习宣传和贯彻实施宪法座谈会上的讲话》，《人民日报》（海外版），2018 年 3 月 27 日，第 1 版。“活的宪法”的概念出自施特劳斯：“‘活的宪法’是随着时间演进、变化、适应新环境而无需正式修正的宪法。”参见戴维·施特劳斯：《活的宪法》，毕洪海译，北京：中国政法大学出版社，2012 年，第 1 页。

③ 参见 H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York: Russell & Russell, 1961, pp.116, 201.

④ 上官丕亮：《宪法实施的三大误区》，《四川大学学报》2014 年第 5 期。

民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企事业组织。这些主体都是宪法遵守的主体，但宪法执行的主体则限于国家机关。

（一）遵守义务

宪法遵守针对宪法文本中的消极规范，即只要在宪法规范所划定的区间内行为，不触碰宪法规范划定的禁区，宪法文本中的消极规范不会被激活，也即：激活宪法的消极规范，就意味着违反消极规范。宪法的消极规范是沉睡的，行为人只能以否定的方式激活，这种激活的效果一定是负面的。遵守着眼于“不越界”，不作出宪法文本列举的某种行为即履行了义务。

根据宪法文本规定的内容，遵守宪法的主体包括国家机关，也包括公民。

1. 公民的遵守义务

宪法第 53 条明确规定了公民遵守宪法的义务，这与中国宪法文本的“章程”及“行动纲领”性质合拍。宪法文本规定公民大量的“不得”条款，就是公民遵守义务的规范表达。涉及公民义务的“不得”条款在宪法中共有 8 处：第 10 条第 4 款、第 36 条第 2 款和第 3 款、第 40 条、第 41 条第 1 款和第 2 款、第 51 条以及第 54 条。从文本内容看，公民遵守义务大致可以归纳为：不侵犯他人权利、不滥用自己权利、遵守公共秩序。如下表所示。

公民遵守义务的类型

	条款	内 容
不侵犯 他人权利	第 36 条第 2 款	任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教，不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民
	第 40 条	……除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密
	第 51 条	中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利
不得滥用 自己权利	第 36 条第 3 款	国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动
	第 41 条	中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害
	第 51 条	中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利
遵守 公共秩序	第 10 条第 2 款	任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让
	第 51 条	中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利
	第 54 条	中华人民共和国公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务，不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为

三类遵守义务并非截然分割，而是互相关联。宪法第 51 条构成公民遵守义务的一般条款，其他条款是特殊条款，三类义务实质上均在划定边界：公民相对于国家、社会、集体、其他公民的权利边界，从而确立权界式公民宪法义务。除此之外，宪法文本中还有大量单纯规定公民宪法义务的条款，诸如宪法第 55 条、第 56 条。相较而言，权界式公民宪法义务对公民行使基本权利施加更强势的限制。不侵犯他人权利、遵守公共秩序构成公民基本权利的外在边界，体现公民与公民、公民与国家、公民与社会、公民与集体之间的关系，表明公民遵守义务的消极地位。遵守公共秩序的遵守义务直接源于第 53 条，具体体现在第 10 条第 2 款、第 54 条中，不滥用自己权利是不侵犯他人权利和遵守公共秩序的遵守义务的必然推论。^①这本质上也反映了公民遵守义务的消极性。

2. 国家的遵守义务

国家的遵守义务在传统宪法学知识谱系里很容易得到融贯的解释。在公法关系中，权利（力）义务在某种程度上是相对的，权利（力）中含有义务性，而义务中含有权利（力）性。公民的遵守义务验证了这一点，国家的遵守义务亦然。宪法第 5 条明确要求一切国家机关都必须遵守宪法。

对国家权力条款的遵守。宪法文本里规定国家权力的目的有二：一是规定国家权力的边界，二是明确国家权力的分工。前者意在保障、规范国家权力的正当化运作，控制国家权力行使的限度。后者旨在对不同性质的国家权力加以划分，保障各项权力独立、有效地行使，不受其他权力的不当干预，最终使国家权力在宪法允许的合理范围内有条不紊地运作。对国家权力条款的遵守具有“建构统治”的基本功能：在宪法出现之前，国家权力游离在宪法之外；宪法创制时，宪法制定者事先界定和分解国家权力，形成了将国家作为一个整体的权力条款；宪法创制后，国家应该遵守权力条款。在中国宪法文本中，国家遵守权力条款也可以分解为两个维度：总体上，国家权力不得逾越宪法授予的目的，可以称之为“目的论”的限制；微观上，具体的国家机构不得超越彼此的权力分工。

对公民的自由权条款的遵守。国家对基本权利条款的遵守义务主要是消极意义上不作为，即不干涉基本权利条款中的自由权条款。公民的自由权条款，内含了国家不得干预的意蕴，例如《宪法》第 37 条规定，“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”该条禁止的是有关国家机关非法限制公民自由。虽然我国宪法的创制不是建立在权力为恶的假设上，但基本权利必然产生与之相应的国家义务，中国宪法文本中的自由权条款部分有防御的基本面向，即“限制统治”

^① 高慧铭：《论基本权利的滥用禁止》，《清华法学》2015 年第 1 期。

的基本功能。作为基本权利的自由权不仅可以作为国家权力行使的边界，也可以作为国家机构设置的消极规范。^①

（二）执行义务

执行义务针对积极规范，执行主体必须积极作为，实现宪法规定的政策目标。义务主体要在宪法规范所确定的行为方向上积极迈进，积极作为才能激活宪法文本。激活宪法文本的积极规范，才是合乎宪法规范。积极规范指向将来，行为人只能以肯定的方式激活文本，激活的效果一定是正面的。“执行”是在界限内积极作为。

在宪法文本中，宪法执行仅仅出现了1次。但值得一提的是，1982年11月26日，时任宪法修改委员会副主任委员的彭真在第五届全国人民代表大会（以下简称全国人大）第五次会议上所做的《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》使用了“宪法执行”的表述——“我们相信，新的宪法必定能够得到严格遵守和贯彻执行。”尽管宪法文本仅指出了地方各级人大在本行政区域内保证宪法执行的义务，但从积极规范中可以推导出其他国家机关的宪法执行义务。而且，宪法文本中的“保障”、“建设”、“消灭”、“保护”、“提高”、“推广”、“完善”、“实行”、“改进”、“发展”、“改善”、“加强”、“举办”、“推广”、“扫除”、“培养”、“推行”等，都是执行方式的具体表达。国家政策条款和公民的社会权条款均明确以国家作为政策执行和授予公民利益的主体。宪法文本中的总纲条款均以国家为主体，占宪法全部条款的22%，要求国家以积极执行的方式实现国策条款和基本权利条款中的社会权条款的内容。国家目标具有敦促国家积极作为的结构，不仅针对立法，还针对行政和司法，^②它是宪法对国家机关做出的指示与委托。^③执行义务的主体只能是国家，公民没有执行宪法的义务，积极规范都需要国家激活。宪法文本中规定的国家机关主要包括全国人大及其常务委员会（以下简称常委会）、国务院、监察委员会、人民法院、人民检察院以及各级地方人大及其常委会、各级地方人民政府等，这意味着宪法执行的方式主要包括立法、行政、监察、审判、法律监督等方式。

执行义务是中国宪法颇具特色的义务，这与中国宪法文本中大量出现的积极规范相关：实现国家政策目标需要国家积极作为，公民的社会权的实现也需要国家积极作为。作为行动纲领的宪法，只有在行动中才能实现。对中国宪法的这一特质，毛泽东同志深谙其中之道，“不实行宪法就是违反宪法”，此处的“实行”与宪法文本中的“执行”大体是一个概念。毛泽东在中央人民政府委员会第三十次会议讨论

① 张翔、赖伟能：《基本权利作为国家权力配置的消极规范——以监察制度改革试点中的留置措施为例》，《法律科学》2017年第6期。

② 王锴、刘彝昊：《宪法总纲条款的性质与效力》，《法学论坛》2018年第3期。

③ 郑贤君：《论国家政策入宪与总纲的法律属性》，《宪政与行政法治评论》（创刊号），北京：中国人民大学出版社，2004年，第208页。

1954 年宪法草案时说：“这个宪法草案是完全可以实行的，是必须实行的……通过以后，全国人民每一个人都要实行，特别是国家机关工作人员要带头实行，首先在座的各位要实行。不实行就是违反宪法。”^① 毛泽东同志看到了中国宪法必须在国家主动作为中才能实现，国家蓝图才能变为现实。中国现行宪法文本中的“监督和管理”、“积极创造条件”、“完善”、“改进”等语汇，都是宪法执行义务的规范表达。

归纳起来，遵守义务和执行义务有以下区别：

遵守宪法针对宪法消极规范，执行宪法针对宪法积极规范；遵守宪法是被动的，执行宪法是主动的；公民和国家都有遵守宪法的义务，国家有执行宪法的义务，但公民没有执行宪法的义务；遵守宪法时，无须宪法规范出场，遵守宪法的主体无须援引宪法规范，执行宪法时，宪法规范一直在场，执行宪法的主体必须援引宪法规范。

三、违反两类义务的样态：违反宪法和不适当

不履行宪法上的义务必然导致负面的宪法评价。梳理中国宪法文本，我们可以检索到两种评价：违反宪法、不适当。宪法第 5 条第 4 款规定，“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企事业单位都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究”。该条款首先规定了各类主体遵守宪法的义务，并规定违反义务的将被追究责任，这就意味着“违反宪法”是违反遵守义务的对应样态。执行宪法对应的违反样态是什么？中国宪法文本对立法不当及行为不当分别表述为“不适当的命令、指示和规章”，“不适当的决定”，“不适当的决议”等，先后出现了 7 次。上述“不适当”表述多涉及立法，但也部分涉及立法以外的其他行为，涉及的主体包括全国人大常委会、县级以上地方各级人大常委会、县级以上地方各级人大、各级行政机关及其工作部门等。

本文将不适当与违反宪法理解为违反宪法义务的两种独立样态，^② 分别对应不同的规范：违反宪法针对宪法消极规范，不适当针对宪法积极规范。当然，广义的不适当包括违反宪法，还包括不合理，不是“最佳”，狭义的不适当不包括违反宪法，仅指不合理，不是“最佳”，本文从狭义的角度理解“不适当”，即不是“最佳”。

（一）违反宪法的判断

消极规范乃是针对国家的防御权规范，故而要求国家权力的行使及对公民权

^① 毛泽东：《毛泽东著作选读》下册，北京：人民出版社，1986 年，第 710 页。

^② 吴家麟在《论新宪法实施的保障》一文中指出，“全国人大常委会制定的法律、人事任免、对条约的批准和废除等作出的一切决定，全国人大只要认为‘不适当’，而不管是否违反宪法和法律，都可以改变或撤销”。（吴家麟：《吴家麟自选集》，银川：宁夏人民出版社，1996 年，第 418 页）

利的介入必须有确定的边界。基于这种理念,消极规范遵循“条件程式”,^①以“如果……那么……”的模式运作,适用的方式是涵摄。^②相关主体的立法或行为满足上述条件,即为合宪;不满足上述条件,即为违宪。在合宪和违宪之间,没有中间状态。也就是说,援引消极规范得出的结论必然是“全有”或“全无”,^③没有或然性的结论。如前文所述,西方国家违宪审查模式基本以消极规范的适用为模型展开,为我们作出违宪判断提供了大量可资借鉴的知识。

当然,“全有”或“全无”判断是宪法适用的理想状态。为保证整个法秩序的安定性,合宪性审查主体一般都遵循谦抑原则,尽量避免宪法问题,恪守合宪性推定原则。^④除非迫不得已,不作出违宪判断。“法律是否违反宪法,与法院是否应当判定其为违宪,是两个截然不同的命题:人们可以对两个命题各自作出肯定的判断,但对前一个命题得出肯定判断,并不必然意味着对后一个命题的判断也是肯定性的。”^⑤其中蕴含了宪法政策的考量。尽管中国宪法没有规定合宪性推定原则,合宪性审查机构也没有明确表述合宪性审查的原则,但经由体系性解释,我们仍可以在中国法律体系中读出“合宪性推定”的制度脉络。立法违宪是违宪最常见的样态,是宪法最重要的制度关切——“宪法是针对立法者的直接言说”,^⑥也是合宪性审查制度要重点解决的问题,公权力行为的正当性问题多数可以通过合法性审查解决。我们以对立法的合宪性审查为例,解读“合宪性推定”的中国法表达。

《宪法》和《立法法》中的“抵触”一词,是对立法违宪最经常的表达。除此之外,对自治条例和单行条例,还有“违背”宪法一说。^⑦从《立法法》的行文看,

-
- ① 卢曼提出了“条件程式”和“目的程式”的概念。参见 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, trans. Klaus A. Ziegert, Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 196-203.
- ② Karl-Peter Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck: Tübingen, 1997, s. 357. 转引自王锴、刘彝昊:《宪法总纲条款的性质与效力》,《法学论坛》2018年第3期。
- ③ 参见罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海:上海三联书店,2008年,第44—49页。
- ④ 参见王书成:《合宪性推定的正当性》,《法学研究》2010年第2期。
- ⑤ 迈克尔·J.佩里:《慎言违宪》,郑磊等译,北京:清华大学出版社,2017年,第3页。在德国,合宪性审查的判决也有多种样态,包括违宪无效判决、单纯违宪判决和警告性判决。参见翟国强:《违宪判决的形态》,《法学研究》2009年第3期。
- ⑥ Thomas E. Baker and Jerre S. Williams, *Constitutional Analysis*, St Paul: West, a Thomson Business, 2003, p. 19.
- ⑦ 《立法法》第97条第1项规定:“(一)全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律,有权撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第七十五条第二款规定的自治条例和单行条例;(二)全国人民代表大会常务委员会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规,有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵

“违背”宪法与“抵触”宪法没有区别。抵触有两种样态：直接抵触，即直接违反宪法的具体规定；间接抵触，即违反宪法的基本原则和基本精神。^①在处理立法的合宪性问题时，如果能用合法性审查路径解决，就不用合宪性审查——宪法轻易不出场。具体体现为两个方面：压缩违宪立法的类型，将其他立法的合宪性问题转入合法性审查；将本已归入合宪性审查范围的立法部分转入合法性审查。

压缩违宪立法的类型。《宪法》第 5 条第 3 款规定，“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”再结合《立法法》的规定，涉及全国人大及其常委会撤销的与宪法抵触的立法包括：法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例，其他立法类型可能的违宪问题，都并入“与法律、行政法规”抵触的范畴，经由合法性审查解决其合宪性问题。法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的立法依据可以是宪法，当然可能存在与宪法抵触的问题，但这是否意味着行政规章就不存在与宪法抵触的可能呢？地方政府规章必须根据法律、行政法规和地方性法规制定，一般不直接根据宪法，违反宪法的行政规章一定不会有法律、行政法规和地方性法规根据，行政规章的合法性问题就可以“下沉”到合法性审查程序解决。但例外情形下，当没有法律、行政法规和地方性法规依据时，行政规章也可能会减损公民权利或增加公民义务，抑或增加部门权力或减少法定职责，尤其当地方政府规章基于本区域具体行政管理事项形成的地方经验或针对中央立法中模糊处理的立法问题作出规定时，行政规章可能与宪法抵触。^②如何处理违宪的规章？《立法法》对规章可能的违宪安排了预防装置，将规章可能的违宪情形涵摄进“合法性”问题中：《立法法》第 80 条第 2 款规定，“没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责”；《立法法》第 82 条第 6 款规定，“没有法律、行政法规、地方性法规的依据，地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”。如果规章减损公民基本权利，扩大政府权力，就是违反《立法法》关于规章立法权限的规定，属于《立法法》第 96 条所指的“超越权限”，行政规章就是与《立法法》抵触。

将部分已被纳入合宪性审查范围之内的立法转入合法性审查范围。设区的市的人大及其常委会制定的地方性法规如果违宪，根据《立法法》第 97 条第 2 款的规定，全国人大常委会“有权撤销同宪法……相抵触的地方性法规”，这意味着《立法

触的地方性法规，有权撤销省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第七十五条第二款规定的自治条例和单行条例……（七）授权机关有权撤销被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规，必要时可以撤销授权。”

① 参见周旺生：《立法学》，北京：法律出版社，2009 年，第 284 页。

② 参见邢斌文：《地方立法合宪性审查：内涵、空间和功能》，《内蒙古社会科学》2019 年第 1 期。

法》已将设区的市的地方性法规纳入合宪性审查的范围，但《立法法》仍巧妙地将设区的市的地方性法规的部分合宪性问题纳入合法性审查的范围，以此给合宪性审查瘦身。《立法法》第72条第2款规定，“省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规，应当对其合法性进行审查，同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的，应当在四个月内予以批准”，这就意味着批准阶段的设区的市的地方性法规之合宪性问题已被纳入到合法性审查的范围内，全国人大常委会只对批准后的设区的市的地方性法规进行合宪性审查。

压缩合宪性审查的范围，将已纳入合宪性审查范围的部分立法的合宪性审查转入合法性审查范围，符合现行宪法的原意。彭真同志在论及全国人大及其常委会的合宪性审查时，曾将违宪分为“大违宪”、“中违宪”和“小违宪”，并认为全国人大及其常委会只处理“大违宪”，“中违宪”和“小违宪”应该交由其他机关处理。^①全国人大及其常委会之外的其他国家机关，并无合宪性审查的权力，只能经由合法性审查程序处理“中违宪”和“小违宪”问题。将违宪问题分类处理，由合法性审查程序处理部分合宪性审查问题，以免全国人大及其常委会不堪重负，多次作出违宪判断，降低宪法的神圣性，《宪法》和《立法法》体现出了高度的制度智慧。^②

（二）不适当的判断

现行《宪法》和《立法法》将“抵触”与“不适当”作为并列的概念，说明两个概念有着可以相互区别的内涵和外延。“抵触”是指“不法”或者“违宪”，“不适当”可以做广义理解和狭义理解。广义的“不适当”包括“抵触”，还包括立法虽不与上位规范抵触，但不合理，不是“最佳”。狭义的“不适当”仅指后者，宪法文本中一般指后者。在合宪性审查领域，不适当是“抵触”以外的负面判断。判断一个规范是否违宪，其结论要么“全有”——违宪，要么“全无”——合宪，没有中间状态。但判断一个规范是否适当，其结论不是“全有”或“全无”，是针对规范目标，对手段是否合理的判断。在不抵触的前提下，才可能展开适当性判断。

适用宪法中的积极规范对一项立法作出是否适当的判断，是否可能用法律的方法？是否是知识论上的冒险？积极规范有很强的政治性、政策性，以积极规范为依据展开合宪性审查，会不会犯“政治问题不审查”的大忌？其实，政治问题不审查的诫命产生于普通法院合宪性审查的国家，受制于分权的宪法原则，法院不能染指政治。在欧洲的集中审查制下，合宪性审查机构可以审查那些看起来危险的政治问题，合宪性审查此时就不再是严格意义上的司法，兼有政治性质。中国宪法立论的基础不是权力分立，是作为行动纲领的宪法，对政治问题的审查几乎不存在概念前

① 参见刘松山：《彭真与宪法监督》，《华东政法大学学报》2011年第5期。

② 参见林来梵：《合宪性审查的宪法政策论思考》，《法律科学》2018年第2期。

设上的鸿沟。但如何依据积极规范进行合宪性审查，的确存在一些技术上的瓶颈。如前所述，积极规范的基本结构是事实构成—法效果，即通过某种积极的行为达成某种将来的目标，事实构成就是积极为某行为，至于是否能够达成某种理想的目标，取决于各种因素，必须引进多种外部论证，解释者很难用法律的方法判断某行为是否能够达到目的，无法根据目标反推出作出某种行为是否合宪，但不意味着法律方法对此完全无能为力。

针对国家政策条款，区分行为义务和结果义务，违反行为义务即为不适当，行为明显不合理，也为不适当。有无行为，合宪性审查机关无须引进外部论证即可审查。比如，很多国家政策条款规定了立法机关的立法义务，相关立法义务是否履行，合宪性审查机关完全可以作出判断。但行为义务的履行是否适当，即是否为达到政策目标的最佳手段，可能达成的程度如何，均指向将来某个不确定的时间点，合宪性审查机关的确难以作出适当性判断，必须引进外部论证。部门法上其实也有类似的问题，比如，《公司法》规定了公司董事的勤勉义务，如何判断公司董事是否勤勉？尽管公司的利润目标是否达到是一个判断标准，但不是唯一标准。法院在长期实践中发展出各种判断勤勉义务履行的标准（如普通商人标准、善良家父标准），违反勤勉义务的免责情形，这些标准是在实践中构建出来的。合宪性审查机关可以借鉴《公司法》的上述知识资源，以专家的知识标准或普通人的标准，判断宪法执行机关是否适当履行了宪法规定的相关义务。

针对公民的社会权条款，可以借鉴我国已经加入的《经济、社会和文化权利国际公约》实施中的最低核心义务概念。最低核心义务概念源于经济、社会和文化权利委员会《第 3 号一般性意见：缔约国义务的性质》，“每个缔约国均有责任承担最低限度的核心义务，确保至少使每种权利的实现达到一个最基本的水平。如果在任一缔约国内有任一较大数目的个人被剥夺了粮食、基本初级保健、基本住房或最基本的教育形式，该缔约国就等于没有履行《公约》下的义务。”^① 它规定了维持个人最低生活水平的权利，一般被称为权利的最低核心内容，对应国家的最低核心义务。委员会提出“最低核心义务”概念是为了创造出一种评估政府义务履行效果的策略，最初被设计用于审查缔约国提交给经济、社会和文化权利委员会的报告，而不是用于司法裁判。在发展过程中，“最低核心义务”概念的倡导者主张将其引入司法实践，试图以此来解决经济、社会和文化权利所面临的现实难题。依据最低核心义务概念对积极规范作合宪性审查的关键在于国家行为是否超过了“最低核心义务”的基线，只要没超过“最低核心义务”的基线，至少可以说国家履行政策条款和基本权利条款中的社会权条款的义务是适当的。虽然国家行为的不适当预设国家已经违

① 经济、社会、文化权利委员会第 3 号一般性意见：缔约国义务的性质（《公约》第 2 条第 1 款），第 10 段，载于 E/1991/23 号文件。

反了宪法中的积极规范，但不做出违宪判断，^① 而是较轻的、有回旋余地的不适当判断，敦促相关国家机关采取进一步的积极行动，履行积极规范要求的义务。

不适当是较轻的负面判断，违宪是较重的负面判断。违宪只能被撤销；不适当的立法可能被改变，也可能被撤销。

四、两类合宪性审查主体：全国人大及其常委会和中共中央

中国宪法包含消极规范和积极规范，宪法实施包括政治化实施与法律化实施两种方式，前者体现为执政党的政治动员模式，后者体现为以国家机关为主体的多元实施机制。^② 国家机关违反宪法遵守与宪法执行义务，将导致宪法责任。“宪法责任是一种法律与政治相结合的责任”，^③ 这就意味着，对宪法责任的追究既可能通过法律途径，也可能通过政治途径。中国共产党的领导是中国宪法文本的核心要素，是中国特色社会主义的本质特征。基于中国逻辑的合宪性审查可采用二元合宪性审查模式——全国人大及其常委会通过适用消极规范处理违宪，全国人大和其他特定国家机关也可以通过适用积极规范处理宪法执行中的“不适当”；中国共产党享有概括的合宪性审查权，既可以依据消极规范处理违宪，也可以依据积极规范处理宪法执行中的“不适当”。宪法文本对全国人大及其常委会的合宪性审查权采用了列举式的规定，对中国共产党的合宪性审查权没有列举，但可以从《宪法》第1条推导：中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征，意味着中国共产党必然要领导实现中国特色的社会主义宪法，“党是领导一切的”就是对这一规范含义的精准阐释。^④ “党是领导一切的”意味着中国共产党有概括性的权力，保证宪法的实现是“统筹推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”的逻辑前提，^⑤ 如前文所述，合宪性审查是保障宪法实现的重要环节，中国共产党享有概括性的合宪性审查权是中国共产党完成自己使命的必要条件。

（一）全国人大及其常委会的合宪性审查权

全国人大及其常委会作为合宪性审查机关，在中国宪法文本里可以找到直接的规范依据，即《宪法》第62条和第67条规定的全国人大及其常委会监督宪法实施的职权。

① 翟国强：《宪法判断的方法》，北京：法律出版社，2009年，第43页。

② 翟国强：《中国宪法实施的双轨制》，《法学研究》2014年第3期。

③ 郭殊：《论宪法责任》，《华东政法学院学报》2005年第5期。

④ 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告（2017年10月18日）》，第20页。

⑤ 参见《中共中央印发〈深化党和国家机构改革方案〉》，《光明日报》2018年3月22日，第7版。

1. 全国人大及其常委会对立法是否合宪的审查

根据《宪法》第 62 条第 12 项、第 67 条第 7 项和第 8 项，结合《立法法》第 97 条第 1 款和第 2 款，在合宪性审查工作中，全国人大和全国人大常委会有合理的分工：全国人大和全国人大常委会都享有撤销与宪法抵触的立法的权力，全国人大还独享改变全国人大常委会不适当立法的权力。具体说来，可以分解为以下规则：全国人大有权撤销全国人大常委会制定的违宪的法律；全国人大有权撤销全国人大常委会制定的不适当的法律；全国人大有权撤销全国人大常委会批准的违宪的自治条例和单行条例；全国人大有权改变全国人大常委会制定的不适当的法律；全国人大常委会有权撤销违宪的行政法规，有权撤销违宪的地方性法规，有权撤销省、自治区、直辖市人大常委会批准的自治条例和单行条例。全国人大有无权力改变或者撤销全国人大常委会制定的违宪的法律？答案应该是肯定的。《宪法》第 62 条第 1 款第 11 项规定，全国人大有权“改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定”，能否根据该规范推导出全国人大有权撤销全国人大常委会违宪的立法？这涉及对两个概念的解释。“不适当”是否包括违宪？全国人大常委会的“决定”是否包括全国人大常委会制定的法律？经由在宪法和法律之间的目光流转，该条文中的全国人大常委会的“决定”应该包括全国人大常委会制定的法律，《立法法》第 97 条第 1 款规定，“全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律”，我们可以由此推论，《宪法》第 62 条第 1 款第 11 项中的“决定”也包括“法律”。如前文所述，广义的“不适当”包括“抵触”。此外，全国人大常委会是全国人大的常设机关，全国人大的宪法地位高于全国人大常委会，经由两者之间的宪法关系，可以解释出全国人大有权撤销全国人大常委会制定的违宪的法律。

全国人大和全国人大常委会共享合宪性审查权，都可以对相关立法作出是否合宪的判断。由于全国人大每年开会一次，会期也不长，不可能经常性行使合宪性审查权，《宪法》和《立法法》将对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的合宪性审查权赋予全国人大常委会。但全国人大常委会不能对立法作“不适当”判断，全国人大有权对全国人大常委会的立法作“不适当”判断。与之相应，全国人大可以改变或者撤销全国人大常委会制定的不适当的法律，但全国人大常委会只能撤销，但不能改变违宪的行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。

2018 年《宪法修正案》将原来的“法律委员会”更名为“宪法和法律委员会”，根据《全国人民代表大会常务委员会关于全国人民代表大会宪法和法律委员会职责问题的决定》第 2 条，宪法和法律委员会除了承担原法律委员会的全部职能之外，还“增加推动宪法实施、开展宪法解释、推进合宪性审查、加强宪法监督、配合宪法宣传等工作职责”。2018 年 10 月，全国人大法工委宪法室成立，协助全国人大常委会和全国人大宪法和法律委员会推动宪法实施、开展宪法解释、推进合宪性审查，这意味着合宪性审查工作有了专门的机构。

2. 全国人大及其常委会对立法是否适当的审查

对立法是否合宪的判断，现行《宪法》和法律基本上形成了圆融自洽的体系，全国人大及其常委会行使最终的合宪性审查权。某项立法是否抵触宪法文本中的消极规范，只能作出“合宪”还是“违宪”的判断。某项立法不与宪法文本中的消极规范抵触，不违反宪法文本中的消极规范，但是否就一定最契合宪法文本中的积极规范？这就是合宪性判断之外的“适当性”判断。与相对集中的合宪性判断模式相比，对立法的“适当性判断”呈现出相对分散的制度样态。根据《宪法》第62条第12项、第89条第13项、第99条第2款、第104条、第108条和《立法法》第97条第1款、第3款、第4款、第5款、第6款的规定，可以将中国立法的适当性判断制度归纳为：人大改变和撤销人大常委会制定的不适当的法律，具体依据为《宪法》第62条第12项、第99条第2款和《立法法》第97条第1款和第4款；地方人大常委会撤销地方人民政府不适当的规定，具体依据为《宪法》第104条和《立法法》第97条第5款；上级人民政府改变或者撤销所属部门和下级人民政府的规章，具体依据为《宪法》第89条第13项、第108条和《立法法》第97条第3款和第6款。

《宪法》和《立法法》中的适当性审查权可以分解为两部分，人大及其常委会的适当性审查权和政府的适当性审查权。全国人大、地方人大均有权判断其常务委员会的立法是否适当，地方人大有权判断同级人民政府的立法是否适当，上级人民政府有权判断其所属部门和下级人民政府的立法是否适当。有权判断立法是否适当的机关均有权撤销它认为不适当的立法，但不一定有权改变它认为不适当的立法。人民代表大会有权改变它的常务委员会不适当的立法，上级人民政府有权改变其工作部门和下级人民政府的不适当立法。就立法适当性的审查而言，《宪法》和《立法法》的制度体系没有形成“闭合结构”，至少有以下立法的适当性审查没有机关行使：全国人大制定的法律是否适当，国务院的行政法规是否适当，省、自治区、直辖市制定的地方性法规是否适当，自治条例和单行条例是否适当，这些制度“缺口”只能由中共中央概括性的合宪性审查权填补。

（二）中共中央的合宪性审查权

中国共产党行使概括性的合宪性审查权，作出宪法判断，符合宪法原意。中国宪法文本中的许多规范来自党的报告，中国共产党更能把握其意图和含义。同时，“维护党中央权威和集中统一领导”是中国共产党领导政法工作的目标，^①对立法的合宪性判断有利于达致这一目标。中国现行宪法文本序言和总纲部分的国策条款成型于党的主张，因应党的报告变迁，几乎形成了宪法修改的良性“周期律”，中国共

^① 参见《中国共产党政法工作条例》，北京：中国法制出版社，2019年，第1—2页。

产党建议修改宪法几乎是宪法修改的“惯例”。由中国共产党依据宪法规范，对相关立法进行合宪性审查，就避免了在通常司法审查模式中，法官无法洞悉规范含义射程的尴尬。中国共产党本来就是政治性组织，这就避免了合宪性审查技术的中立性与宪法规范的政治性之间的龃龉。宪法蕴含了作为集合体的人民意志，承载了人民的理想，中国共产党代表整体意义上的人民利益，是载入宪法文本的事实判断和规范判断。中国共产党由于自身的“先进性”，既能判断立法是否合乎宪法，也能判断立法是否“最佳”。中国共产党第十八届四中全会公报指出，“必须坚持党领导立法、保证执法、支持司法、带头守法，把依法治国基本方略同依法执政基本方式统一起来”。中国共产党根据宪法文本对相关立法进行合宪性审查，就是“坚持党领导立法”的“法权化”表达。

中国共产党中央委员会（以下简称中共中央）领导全国人大及其常委会对立法是否合宪、是否适当进行审查，中国共产党的领导构成全国人大及其常委会合宪性审查的背景规范。如前文所述，《宪法》和《立法法》对立法是否符合宪法的判断已形成逻辑周延的“闭合结构”，在这个维度上，中国共产党的合宪性审查权与全国人大及其常委会的合宪性审查权在范围上重叠。但中共中央处于领导地位，领导全国人大及其常委会进行合宪性审查。“党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一”蕴含了合宪性审查的基本原理：合宪性审查制度基本的理论预设是人民的意志高于人民选举出的代表的意志，即“人民当家作主”，“依法治国”中的法必须服从于作为人民意志表达的宪法；人民经由宪法当家作主；党的领导就是为了人民更好地当家作主，必须通过保障宪法的实现以保证人民的意志贯穿于整个法律体系。^①

中共中央对立法的“适当性审查权”范围大于全国人大及其常委会和政府的适当审查权。如前所述，《宪法》和《立法法》没有就立法的“适当性审查权”形成闭合的制度结构，有制度缺口，全面实施宪法意味着这些制度缺口必须有机构“补位”，这个机构只能是中共中央。在宪法和法律的适用过程中，如果遭遇没有被规则“涵摄”的情形，也即规范“包含不足”时，通常的方法就是回到概括条款，通过概括条款来克服列举条款的局限。《宪法》和《立法法》规定了对多种类型立法的适当性审查，没有规定对全国人大制定的法律、国务院制定的行政法规、省、自治区、直辖市人大及其常委会制定的地方性法规和民族自治地方人大及其常委会制定的自治条例和单行条例的适当性审查主体，可以理解为《宪法》和《立法法》对立法适当性审查的规范“包含不足”，这就需要我们回到概括性条款，即中国共产党概括性的合宪性审查权。^②中国共产党第十八届四中全会公报指出，“法律制定和修改的重

① 周叶中、汤景业：《关于深化依法治国实践的思考》，《法学杂志》2017年第12期。

② 概括条款对规则的填补功能，参见许崇德、韩大元、李林：《宪法学》，北京：高等教育出版社、人民教育出版社，2011年，第94页。

大问题由全国人大常委会党组向党中央报告”。《行政法规制定程序条例》第4条规定，“制定政治方面法律的配套行政法规，应当按照有关规定及时报告党中央。制定经济、文化、社会、生态文明等方面重大体制和重大政策调整的重要行政法规，应当将行政法规草案或者行政法规草案涉及的重大问题按照有关规定及时报告党中央。”上述立法从程序上保证了中国共产党及时知悉相关立法动向，为中国共产党依据宪法文本中的积极规范对立法进行适当性审查准备了良好的制度条件。

中国共产党概括的合宪性审查权只能由中共中央行使，应无疑问。《中国共产党章程》第16条规定，“有关全国性的重大政策问题，只有党中央有权作出决定，各部门、各地方的党组织可以向中央提出建议，但不得擅自作出决定和对外发表主张”。中国共产党通过概括的合宪性审查权处理的问题，应属“全国性的重大政策问题”无疑，只能由中共中央集中行使审查权，其他党组织如果发现某项立法不适当，只能向中共中央建议，最终由中共中央作出判断。中共中央可以将合宪性审查工作交由中央全面依法治国委员会具体负责，中央全面依法治国委员会肩负“加强党对全面依法治国集中统一领导”的使命，^①立法的统一无疑是“集中统一”的题中之义。

中共中央有概括的合宪性审查权，但不意味着中共中央必须直接撤销和改变自己认为违宪和不适当的立法，可以对相关机构进行指导和建议。中共中央认为立法违宪时，指导、建议全国人大及其常委会作出违宪判断；中共中央认为相关立法不适当时，指导、建议《宪法》和《立法法》规定的审查主体改变或者撤销相应的立法，或者指导、建议相应的立法主体改变或者撤销相应立法。

五、违反两类义务的后果：宪法责任与法律责任

对违反义务的行为施以责任，义务才能被认真对待。公民有遵守宪法消极规范的义务，但公民无法直接承担宪法上的责任。宪法文本中规定公民遵守宪法义务的目的是为法律设定公民义务和为立法机关履行立法义务预设宪法基础。也就是说，公民不遵守宪法义务的责任只能由法律形成。与之相反，国家违反宪法中的遵守义务和执行义务将产生宪法上的责任。违反遵守义务和执行义务产生的责任可以分为宪法责任与法律责任。

（一）国家机构违反宪法义务产生的宪法责任

1. 改变或者撤销

如前文所述，立法违宪是合宪性审查制度要解决的主要违宪样态。《宪法》第

^① 参见习近平：《加强党对全面依法治国的领导》，《求是》2019年第4期。

62 条第 12 项、第 67 条第 7 项和第 8 项、第 89 条第 13 项和第 14 项、第 99 条第 2 款规定了两种针对违宪立法的责任：改变、撤销。何时“改变”，何时“撤销”，取决于审查主体与被审查立法主体的权力关系。“改变”适用于同种性质不同位阶权力关系，例如，全国人大有权改变或撤销其常委会的不适当决定，国务院有权改变或撤销各部委不适当的决定。“撤销”是一种广谱适用的违宪责任，即适用于同种性质不同位阶的权利关系，又适用于不同性质的权力关系，例如，全国人大常委会有权撤销国务院制定的与宪法、法律相抵触的行政法规。改变或撤销即针对与宪法抵触的立法，又针对从宪法角度看“不适当”的立法。

对于被改变或撤销的规范性文件，在被改变或被撤销后，当然无效。在被改变或者撤销前，是否有效？

与宪法抵触的立法应自始无效。《宪法》第 5 条第 3 款规定，“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”，《立法法》第 73 条第 2 款规定，“地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效”，我们据此可以推断，与宪法抵触的立法应该自始无效。凯尔森将“无效”理解为“最高程度的可废除性”，认为在特定法律体系中，通常推定低级规范是按照高级规范的授权作出规定，即推定低级规范有效；当低级规范与高级规范相冲突时，应当将之废除，直接排除在特定法律体系之外。^①当然，为保证法秩序的安定性，德国发展出独特的“警告性裁判”模式，即法律“虽有违宪之嫌，但宪法法院仍然宣告‘法律勉强合宪，为此尚可忍受’，同时要求立法者采取合理措施使法律达到完全合宪的法律状态”，而不是判决其无效。即使判决其无效，也有“自始无效”和“向后失效”两种判决形态，^②这对中国合宪性审查的制度建设有借鉴意义。全国人大及其常委会经由何种程序，作出何种内容的撤销决定，法律有很大的形成空间：《宪法》和《立法法》均表述为“有权撤销”，是概括式授权的表述方式，我们可以大胆借鉴其他国家的违宪判决形式，构造出适合中国国情的撤销决定形式和种类。

“不适当立法”在被改变或者撤销前有效。按照凯尔森的逻辑，上位规范（宪法）授予了下位规范（法律、地方性法规、自治条例和单行条例）立法形成空间，下位法没有超出立法形成空间，就不应被直接排除在法律体系之外。“不适当立法”不适当到何种程度才需要改变或者撤销？改变或者撤销的程序如何？这些都需要法律来形成。与《宪法》抵触的立法一定要撤销，这是宪法上“法制统一”的题中之义，有权撤销的机关不能自由裁量，但不与宪法抵触的“不适当”立法，不破坏宪法中“法制统一”，有权撤销的机关应该有更大的裁量权。如果仅为轻微的不适当，

① 参见凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，北京：中国大百科全书出版社，1996 年，第 180 页。

② 翟国强：《违宪判决的形态》，《法学研究》2009 年第 3 期。

而且改变或者撤销会破坏法制的安定性，有权改变或者撤销的机关就可通过利益衡量，决定是否改变或者撤销“不适当”的立法。

改变或者撤销的对象不限于《立法法》所指的立法，还包括决定、命令、决议、指示，^① 这些被改变或者撤销的决定、命令、决议、指示既可能是具有立法意义的规范性文件，也可能是没有立法性质的执行行为。改变或者撤销决定、命令、决议、指示的制度逻辑与改变或者撤销立法的制度逻辑相同。

2. 罢免

改变或者撤销针对立法或其他执行行为的内容，罢免针对人，即针对宪法赋予某种权力的人。

罢免是较为严厉的宪法责任形式，《宪法》第 17 条、第 63 条、第 65 条第 3 款、第 77 条、第 101 条、第 102 条第 2 款、第 103 条第 2 款、第 104 条作了相应规定。罢免责任的承担主体可分为两类：一是人大代表、人大常委会组成人员；另一类是权力机关之外的其他国家机关的特定公职人员。罢免权的行使主体包括各级人大、县级以上各级人大常委会、选举单位、选民。^② 罢免人大代表或者人大常委会组成人员总体上源于政治不信任，罢免特定公职人员既可能源自政治不信任，也可能源自特定公职人员不遵守宪法或者“不适当”执行宪法。

如前文所述，中国共产党可以依据宪法积极规范行使“适当性审查权”，如果相关个人对执行积极规范不当负有责任，中国共产党可以建议启动罢免程序。

（二）公民违反宪法义务的责任需要通过法律规定

在特定法律关系中，法律关系主体、违法主体和法律责任主体通常具有同一性。在宪法关系中，宪法关系主体、违宪主体与宪法责任主体可能不同，尤其体现在公民这一主体上。《宪法》序言、第 5 条第 5 款和第 53 条规定了包括国家机关、公民在内各类主体的宪法义务，但不能作为公民承担宪法责任的依据，我国宪法并未规定追究公民宪法责任的制裁机制。宪法文本规定公民遵守义务的目的在于为法律形成公民的责任提供基础。通过宪法的“授权”和“辐射”，将公民在宪法上的遵守义务延伸到法律层面，公民违反宪法遵守义务的责任化身为法律责任。

法律也可以具体化国家机构违反宪法或者不适当执行宪法的责任，但责任本身

① 参见《宪法》第 62 条第 12 项、第 67 条第 7 项和第 8 项、第 89 条第 13 项和第 14 项、第 99 条第 2 款、第 104 条第 1 款、第 108 条。

② 《宪法》第 17 条第 2 款规定，“集体经济组织实行民主管理，依照法律规定选举和罢免管理人员，决定经营管理的重大问题。”该条款规定了集体经济组织罢免管理人员。1982 年，“政社分开”刚刚启动，1983 年 10 月 12 日，《中共中央、国务院关于实行政社分开建立乡政府的通知》发布。那个年代的“集体经济组织”还肩负了政权组织的职能，因此，该条中的罢免对象同样应该理解为行使公权力的人员，是“准公职人员”。

是由宪法规定的。如果没有法律的具体化,责任的追究主体可以直接依据宪法追究相关机构或者特定个人违反宪法或不适当执行宪法的责任,具体化的法律不是国家机构或者特定个人宪法责任的构成性要素。但公民违反遵守义务产生的责任必须由法律规定,没有法律规定责任,责任的追究主体不能直接依据宪法追究公民不遵守宪法的责任,规定责任的法律是公民宪法责任的构成性要素。

结 语

中国宪法包括消极规范和积极规范,宪法的消极规范要求国家合宪,积极规范要求国家最佳。国家要合宪,必须在宪法框定的范围内活动,遵守消极规范的义务;国家要实现最佳,必须积极履行宪法执行义务。国家在履行积极规范确定的义务时,首先必须遵守消极规范。为了确保国家合宪,实现国家最佳,应在机关建制、技术与原理等方面构建符合中国逻辑的合宪性审查机制。

在中国特色社会主义宪法体制下,全国人大及其常委会享有列举的合宪性审查权,与中国政体相关;中共中央享有概括的合宪性审查权,与中国特色社会主义的本质特征相应。党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一标示着中国宪法的政治法特征,也意味着党的领导正在法权化。在全国人大及其常委会与中国共产党的协力中,权力被规范在宪法的框架内,宪法也在与政治的互动中鲜活。中国宪法在政治和法律的助力中,渐次变为国家生活和社会生活的常态。“宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施”,^①全国人大及其常委会、其他国家机关和中共中央互有分工、又密切关联的合宪性审查机制是实现宪法使命的根本。合宪性审查是一项复杂的系统工程,限于篇幅,合宪性审查程序如何启动,如何过滤进入合宪性审查程序的案件,本文没有涉及,还有待于进一步深化研究。

〔责任编辑:李树民〕

① 习近平:《在首都各界纪念现行宪法公布施行 30 周年大会上的讲话》,北京:人民出版社,2012 年,第 6 页。

cing wages. This conclusion helps to deepen our understanding of the mechanisms determining wages in an open economic system.

(4) The Academic Status and Theoretical Contribution of Marxist Sociology

Liu Shaojie • 78 •

Although Marx and Engels did not use the concept of sociology to refer to their ideology and theories about social development and transformation, they did systematically create a Marxist sociology in terms of basic standpoint, methodological principles and a series of major ideological tenets. On the basis of extensive empirical research, they propounded in depth the basic theories of Marxist sociology under the name of historical materialism. Marxist sociology has been inherited and disseminated in the practice of Russian and Chinese socialist revolutions, and has exerted a wide-ranging influence on Western sociology, especially contemporary Western sociological research. The study of Marxist sociology' essential characteristics, academic status, historical development and wide-ranging influence is a major project that should be treated seriously in inheriting and developing Marxist sociology and progressing and innovating Chinese sociology.

(5) The Realization of the Constitutional Text of China's Constitutional Review

Liu Liantai • 100 •

The structure and logic of the text of constitution determine the institutional logic of the constitutional review. China's constitutional text includes negative and positive provisions and has the character of a program of action. The state and citizens are both subjects of constitutional relations. "Negative provisions" refers to obligations that must be complied with, while "positive provisions" refers to obligations to be executed. The National People's Congress and its standing committee judge whether legislation conflicts with the constitution in terms of negative provisions; and multiple entities judge whether legislation is suitable in terms of positive provisions. The leadership of the Communist Party of China is the most essential feature of socialism with Chinese characteristics; the Communist Party possesses the power of constitutional review. This power should be exerted by the Party Central Committee, with specific tasks being undertaken by its Committee on Comprehensively Governing the Country according to Law. The Central Committee generally does not make technical judgements on constitutional matters, but rather guides and gives suggestions for the judgements of the relevant bodies. If the state fails to observe negative provisions or executes positive provisions "improperly," this will result in direct constitutional liability. Citizens' liability for failing to comply with the Constitution's negative provisions should be determined under law.

• 206 •